

## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://repository.ubn.ru.nl/handle/2066/127201>

Please be advised that this information was generated on 2017-03-10 and may be subject to change.

# Enige opmerkingen over levering en bezits-verschaffing van onroerende zaken<sup>1</sup>

Mr. J.E. Jansen \*

## 1. Inleiding

‘De voor overdracht van onroerende zaken vereiste levering geschiedt door een daartoe bestemde, tussen partijen opgemaakte notariële akte, gevolgd door inschrijving daarvan in de daartoe bestemde openbare registers’.<sup>2</sup> Het is de vraag wat precies de goederenrechtelijke gevolgen zijn van een transactie waarbij de voorgeschreven gang naar de notaris achterwege blijft, en de vervreemder de zaak slechts in feitelijk gebruik geeft aan de verkrijger. Duidelijk is dat de verkrijger in een dergelijk geval geen eigenaar wordt omdat de levering mislukt is. De vraag is of in een dergelijk geval de verkrijger door de feitelijke levering bezitter (te kwader trouw) wordt. Deze vraag kwam aan de orde in de volgende casus:

Schoonhoven verkoopt in 1966 aan Kroes een perceel bouwland. Partijen besluiten om welke reden dan ook niet naar de notaris te gaan. Schoonhoven geeft de grond eenvoudigweg in feitelijk gebruik aan Kroes. Ruim dertig jaar later eisen de erven Kroes een verklaring voor recht waarin zij als eigenaar van de grond worden genoemd. De eigendom zouden zij verkregen hebben door de werking van art. 3:99 BW dat bezit te goeder trouw tot eigendom promoveert, dan wel langs de weg van art. 3:105 BW: er zou na de aanvang van Kroes’ bezit meer dan twintig jaar tijd zijn verstreken.

De rechtbank heeft de vordering van de erven Kroes toegewezen op grond van bezit te goeder trouw gedurende tien jaren. In verband met overgangswetgeving zouden zij dan op 1 januari 1993 eigenaar zijn geworden. Het hof is het met dit oordeel niet eens. Naar de mening van het hof is Kroes nooit bezitter, maar steeds houder van de grond geweest.

‘Tussen partijen staat slechts vast dat zij een koopovereenkomst hebben gesloten, maar dat de levering middels het opmaken van een notariële akte, gevolgd door inschrijving daarvan niet is geschied. Dit betekent dat A eigenaar is gebleven en dat het door deze eigenaar in feitelijk gebruik geven van het perceel aan de koper deze laatste – gezien de tussen partijen bestaande rechtsverhouding – naar verkeersopvatting niet tot bezitter, maar slechts tot houder voor A maakte.’<sup>3</sup>

Wie heeft nu gelijk? Moeten we met het hof aannemen dat de koper in een dergelijk geval houder wordt, of wordt de koper zoals de rechtbank oordeelde bezitter van de grond? Duidelijk is in ieder geval dat de eigendom van de onroerende zaak niet overgaat omdat de levering mislukt is. Is nu in een dergelijk geval bezitsverschaffing wel mogelijk? De vraag die in deze bijdrage centraal staat richt zich dus op de precieze verhouding tussen de levering en bezitsverschaffing van een onroerende zaak. Zoals hieronder zal blijken is het huidige recht op dit punt niet te begrijpen zonder dat het oude recht wordt besproken. Dat doe ik in de volgende paragraaf.

## 2. Oud Burgerlijk Wetboek

### 2.1. Heersende leer: feitelijke en juridische levering

Onder het oude recht werd een onderscheid gemaakt in de juridische levering waardoor de eigendom overging op de verkrijger, en de feitelijke levering waardoor de verkrijger bezitter van de onroerende zaak werd. Dit onderscheid is terug te voeren op twee artikelen in het oude wetboek. De juridische levering was geregeld in art. 671:

‘De levering of opdracht van onroerende zaken geschiedt door de overschrijving van de akte in de daartoe bestemde registers.’

De feitelijke levering vond een plek in art. 1511, dat voor de koopovereenkomst het volgende bepaalde:

‘De levering is eene overdracht van het verkochte goed in de magt en het bezit van den koper.’

Dat er een onderscheid tussen deze twee vormen van levering werd gemaakt blijkt bijvoorbeeld uit de volgende uitspraak van de Leidse Rechtbank.<sup>4</sup> Het ging in deze zaak om de koop van een huis waar de levering conform art. 671 BW (de juridische levering) was verricht. Toen de koper het huis wilde betrekken trof hij echter een derde aan die weigerde te vertrekken, stellende dat hij huurder van de zaak was. De koper nu dagvaardt de verkoper om deze tot levering op grond van art. 1511 BW te verplichten:

\* Mr. J.E. Jansen is promovendus in de vakgroep Romeins Recht, Rijksuniversiteit Groningen en junior docent Burgerlijk recht, Radboud Universiteit Nijmegen.

1. In verkorte vorm uitgesproken als rede voor het Juridisch Genootschap Pro Excolendo Iure Patrio.

2. Art. 3:89 lid 1 eerste zin BW.

3. Hof Arnhem 10 juni 2003, nr. 2002/439, r.o. 4.5.

4. Deze zaak wordt besproken door Brandsma, ‘Enige mededelingen over de verkrijgende verjaring van onroerend goed en de overschrijving’, in: *Groninger Opmerkingen en Mededelingen* VI, 1989, p. 1 e.v.

‘O. dat, volgens art. 1511 Bw, de levering is eene overdracht van het gekochte goed in de magt en het bezit van den koper; dat daaronder niets anders kan worden verstaan, dan de verplichting om den koper de heerschappij over de verkochte zaak te verschaffen, en alzoo niet enkel het recht van eigendom, maar ook het feitelijke bezit van de zaak; dat, door de enkele overschrijving van de koopacte, dit gevolg niet kan plaats hebben.’<sup>5</sup>

Ook de Hoge Raad maakte een onderscheid tussen de feitelijke en de juridische levering. In een arrest waar het erom ging de positie te bepalen van de koper van een perceel (Philipoom) aan wie nog niet juridisch, maar wel feitelijk was geleverd, wordt opgemerkt:

‘Dat immers Philipoom, met zijn eigen bouwstoffen huizen bouwend op den hem verkochten maar nog niet geleverden, en dus aan “Gemeenschappelijk Eigendom” nog toebehoorenden grond, dit deed als bezitter te goeder trouw (...).’<sup>6</sup>

Ook Scholten, de bewerker van Assers *Zakenrecht*, acht bezitsverschaffing van onroerend goed mogelijk. Hij stelt dat bezitsverschaffing door een enkele wilsverklaring mogelijk is indien ‘de overdrager bezitter was op het ogenblik der verklaring en zijnerzijds generlei hindernis aan den verkrijger wordt in den weg gesteld het aldus verkregen bezit feitelijk uit te oefenen. Voor huizen zal daarom sleutels-overgave noodig zijn, bij open liggende landen is de wilsverklaring voldoende.’<sup>7</sup> Wordt de verkrijger dus door wilsovereenstemming bezitter? Het bezit is volgens Scholten pas verschaft wanneer de vervreemder de verkrijger generlei hindernis in de weg stelt om het aldus verkregen bezit uit te oefenen. Dat wordt echter pas duidelijk op het ogenblik dat de verkrijger de zaak feitelijk in gebruik neemt. Naar mijn mening wordt de verkrijger dan ook pas bezitter op het ogenblik dat hij wellicht geheel eigenmachtig met toestemming van de vervreemder de zaak in gebruik neemt. Welbeschouwd neemt de verkrijger de zaak met toestemming van de vervreemder in bezit. Juridisch gezien is er echter sprake van bezitsverschaffing. Deze zienswijze is volstrekt in overeenstemming met het Romeinse recht dat voor bezitsverschaffing van zowel onroerende als roerende zaken dergelijke eisen stelde.<sup>8</sup>

## 2.2. Kritiek Eggens

In een tweedelig artikel in het *WPNR* bekritiseerde Eggens<sup>9</sup> de hierboven weergegeven heersende leer. Zijn kritiek komt op het volgende neer: bezit is (onder andere) de schijn van eigendom. Omdat bezit de schijn van eigendom is kan de eigenaar het bezit niet afzonderlijk, los, onder voorbehoud van de eigendom, aan een ander

overdragen. De vervreemder is dan immers de eigenaar en de verkrijger schijnt de eigenaar te zijn, terwijl de verkrijger weet geen eigenaar te zijn.

Eggens’ artikel is taaie kost. Vgl. de volgende zin: ‘Maar nimmer kan men bezit, dat (later) iets anders zal (of kan) *blijken* te zijn dan het (nu) *schijnt* te zijn (nl. eigendom), *als zoodanig* (als bezit) overdragen, d.w.z. door (nu) te doen *blijken* dat het niet is wat het (nu) zou moeten *schijnen* te zijn, om (wellicht later te blijken) te zijn wat het is (nl. bezit “als eigendom”). Bezit kan slechts worden overgedragen doordat eigendom wordt overgedragen, of althans *schijnt* te worden overgedragen.’<sup>10</sup>

Alleen wanneer eigendom wordt overgedragen kan dan ook het bezit worden overgedragen. Eggens besteedt in het tweede deel van zijn artikel aandacht aan de volgende casus: A verkoopt een stuk land aan B op 1 januari. Het transport zal op 1 augustus plaatsvinden. B mag intussen al wel met de bouw van een huis op de grond beginnen. Eggens merkt op:

‘Bezien wij de rechtspositie van partijen ten aanzien van den grond. De oplossing moet weer luiden: B is houder-niet bezitter. Maar, zal men willen vragen, bezit B dan niet als koper en daarom “als eigenaar”, en is hij daarom dan niet bezitter? Neen, hij is wel koper, maar hij “be-zit” niet *als zoodanig*: hij heeft de feitelijke heerschappij over den grond gekregen krachtens een bij en naar aanleiding van den koop gemaakt beding. “Koop” en “levering uit koop” worden dikwijls met elkaar verward, en als men spreekt van “be-zit als koper” zal men bedoelen “be-zit krachtens levering uit koop”, dit is “be-zit als eigenaar” – en bezit niet als eigenaar, hij weet immers dat hij nog niet eigenaar is, doch dit eerst op 1 Augustus zal worden. (...) Het bezit zal eerst van A op B overgaan door de levering in eigendom.’<sup>11</sup>

De kritiek van Eggens wordt door Brahn in zijn bewerking van Pitlo’s *zakenrecht*<sup>12</sup> overgenomen:

‘Dit sluit reeds in, dat een opzettelijke overdracht door de eigenaar van het bezit als zelfstandig recht ondenkbaar is. Bezitsoverdracht vindt alleen plaats in samenhang met eigendomsoverdracht. Wie zijn bezit zou willen overdragen en zich de eigendom zou willen voorbehouden, zou als het ware tot de verkrijger zeggen: ik blijf eigenaar maar u zult u in het vervolg als eigenaar gedragen.’<sup>13</sup>

Het bezit van een onroerende zaak gaat dan ook pas over op het ogenblik dat de levering wordt voltooid. Blijft die achterwege dan is de verkrijger houder voor de vervreemder. Omgekeerd geldt volgens Brahn dat wanneer de le-

5. Rb. Leiden 12 mei 1846 (W.740).

6. HR 16 december 1927, *NJ* 1928, p. 638.

7. Asser-Scholten, *Zakenrecht*, achtste druk, Zwolle, 1945, p. 62.

8. Vgl. hierover bijvoorbeeld, Van Oven, *Leerboek van Romeinsch privaatrecht*, Leiden, 1945, p. 127.

9. ‘Het recht van bezit kan niet als zoodanig overgedragen worden’, *WPNR* 1929 deel I 3095, p. 229-232 en deel II 3096, p. 241-245.

10. Eggens, a.w., p. 232.

11. Eggens, a.w., p. 243.

12. Pitlo-Brahn, *Het Zakenrecht*, negende druk, 1987, Arnhem.

13. Pitlo-Brahn, a.w., p. 71.

vering voltooid is, de verkrijger steeds bezitter van de zaak is, ook als de vervreemder de sleutels nog onder zich heeft. De verkrijger kan dan als eigenaar-bezitter de hulp van een 'sleutelkoning' invoeren om zich toegang tot de onroerende zaak te verschaffen.<sup>14</sup>

### 3. Huidig recht

#### 3.1. Feitelijke en juridische levering?

Net als in het oude wetboek kent ook het huidige wetboek twee artikelen over de levering van onroerend goed. Ten eerste bepaalt art. 3:89 dat de voor overdracht vereiste levering geschiedt door inschrijving in de registers van een authentieke akte. Vindt echter op datzelfde tijdstip bezitsverschaffing plaats? Art. 3:114 omschrijft bezitsverschaffing als volgt:

'Een bezitter draagt zijn bezit over door de verkrijger in staat te stellen die macht uit te oefenen die hij zelf over het goed kon uitoefenen.'

Op het ogenblik dat de koopakte door de notaris in de registers wordt ingeschreven heeft de verkoper de koper vanzelfsprekend niet in staat gesteld de macht over de onroerende zaak uit te oefenen zoals hij dat zelf kon. Die macht kan de koper pas uitoefenen wanneer de verkoper hem de sleutels van het huis afstaat. Zouden we dan moeten aannemen dat de verkoper van een onroerende zaak naast de levering ook verplicht is tot bezitsverschaffing? Uit art. 7:9 lijkt voor de koopovereenkomst inderdaad iets dergelijks te kunnen worden opgemaakt. In lid 1 van dat artikel wordt de verkoper verplicht de zaak in eigendom over te dragen en af te leveren. Over die afleveringsplicht wordt in lid 2 dan het volgende opgemerkt:

'Onder aflevering wordt verstaan het stellen van de zaak in het bezit van de koper.'

Op grond van deze artikelen zou verdedigd kunnen worden dat net als onder het oude recht een onderscheid in een juridische en een feitelijke levering gemaakt moet worden. De juridische levering zou dan uit de inschrijving in de registers van de transportakte bestaan (art. 3:89, OBW 671). De feitelijke levering zou dan uit het overhandigen van de sleutels van het huis bestaan, zo stelt de vervreemder de verkrijger in staat de macht over de zaak uit te oefenen die hij zelf over het goed kon uitoefenen (art. 3:114 jo. 7:9, OBW 1511).

Deze visie wordt ondersteund door een uitspraak van het Haagse Hof.<sup>15</sup> Het ging in deze zaak om de koper van een appartement die enkele maanden voorafgaand aan de juridische levering het appartement al mocht betreden om kluswerkzaamheden te verrichten. Het ging om de vraag of de koper belasting diende te betalen over

het eigenaarsgedeelte van zijn appartementsrecht. Conform art. 220 Gemeentewet zijn belastingplichtig diegenen die krachtens eigendomsrecht, bezit of beperkt recht het genot van een zaak hebben. De rechters oordeelden dat de koper in casu als bezitter belastingschuldige was. Het hof lijkt dus aan te nemen dat het bezit hier conform art. 3:114 door feitelijke levering is verschaft. Het arrest van het hof is in de literatuur fel bekritiseerd omdat uit de parlementaire geschiedenis duidelijk volgt dat in een dergelijk geval de koper conform de denkbeelden van Eggens houder en geen bezitter wordt.<sup>16</sup>

#### 3.2. Heersende leer

Uit de parlementaire geschiedenis bij het nieuwe wetboek blijkt dat de wetgever Eggens heeft willen volgen en dus breekt met de onder het oude recht heersende leer. Ik bespreek de relevante passages uit de parlementaire geschiedenis hieronder:

'Het ontwerp voorziet echter niet in overdracht van bezit door een rechthebbende die zich zijn rechten voorbehoudt. Spreken partijen af dat bij de afgifte van de zaak het recht nog niet op de verkrijger zal overgaan, dan gaat deze de zaak niet voor zichzelf doch voor de vervreemder houden.'<sup>17</sup>

De invloed van Eggens is duidelijk naspeurbaar: wanneer het in de bedoeling van partijen ligt dat de eigendom op een later tijdstip overgaat, wordt de verkrijger tot die tijd houder en geen bezitter. Dit wordt ondersteund door het volgende citaat:

'indien de verkoper de koper weliswaar de feitelijke macht over het huis zou hebben verschaft doch partijen daarbij de levering zouden hebben uitgesteld b.v. in afwachting van betaling door de koper (blijft dit artikel buiten toepassing). In dat geval houdt de koper immers, gezien der partijen rechtsverhouding, het huis niet voor zichzelf doch voor de verkoper, zodat hij geen bezitter wordt.'<sup>18</sup>

Pas wanneer partijen dus naar de notaris zijn geweest om de transportakte op te maken kan de eigendom overgaan op de verkrijger en wordt deze bezitter. Pas wanneer partijen naar de notaris gaan geven partijen immers aan dat het in de bedoeling van partijen ligt om de eigendom over te dragen. Pas dan kan de verkrijger bezitter worden. Dit blijkt ook duidelijk uit de volgende passage:

'Onder omstandigheden kan het zelfs gerechtvaardigd zijn de goede trouw terug te rekenen tot het tijdstip van de bezitsverkrijging. Zo b.v. wanneer de inschrijving van een akte strekkende tot overdracht van een registergoed, plaats vindt in aansluiting op de voorafgaande bezitsver-

14. Pitlo-Brahn, a.w., p. 84-85. Met de uitspraak van de Leidse rechtbank was Brahn het dus niet eens.

15. Hof Den Haag 29 juni 1995, gepubliceerd in: *Notafax* 1995, nr. 216.

16. Pleysier 'Onder welke titel heeft de koper het huis vóór het transport onder zich?', *Nieuwsbrief Bedrijfsjuridische Berichten*, 1995-24, p. 201-202, Pitlo-Reehuis, *Goederenrecht*, Deventer, 2006, twaalfde druk, nr. 394 en Rank-Berenschot, *Bezit*, Monografieën NBW B7, Deventer, 2001, nr. 14.

17. MvA bij art. 3.5.8 (3:114) PG Boek 3, p. 436.

18. MvA bij art. 3.5.14 (3:120) PG Boek 3, p. 450.

schaffing van dat goed ter gelegenheid van het opmaken en ondertekenen van de akte.<sup>19</sup>

Een voorbeeld: A verkoopt zijn huis aan B. Op 20 augustus maken A en B ten overstaan van notaris C de transportakte op, A overhandigt ten kantore van de notaris direct de sleutels van het huis aan B. Wanneer nu de notaris de transportakte pas op 22 september inschrijft zal B met terugwerkende kracht als bezitter te goeder trouw hebben te gelden vanaf het ogenblik dat hem het bezit werd verschaft. Hiermee moet de feitelijke levering door overgave van de sleutels bedoeld zijn. De verkrijger is hier bezitter geworden omdat partijen de gang naar de notaris maakten. Daarmee gaven zij de bedoeling om de eigendom over te dragen te kennen, en daarom kon de verkrijger bezitter worden. Het feit dat de notaris de inschrijving van de akte pas een maand later bewerkstelligde heeft voor partijen geen verstrekken gevolgen dan dat de eigendom niet is overgegaan, de verkrijger wordt immers na de inschrijving *ex tunc* als bezitter te goeder trouw beschouwd.<sup>20</sup>

In de verschillende bewerkingen van Assers *Zakenrecht* is de triomf van Eggens duidelijk waar te nemen. Schrijft Beekhuis in de elfde druk nog:

‘In de eigendomsoverdracht kan soms de bezitsoverdracht besloten zijn, indien deze door partijen bedoeld is. Eggens neemt zelfs – o.i. ten onrechte – aan, dat dit noodzakelijkerwijs het geval is.’<sup>21</sup>

In de twaalfde druk is het ‘onzes inziens ten onrechte’ vervallen<sup>22</sup> en in de meest recente zestiende druk sluit Mijnsen zich aan bij de denkbeelden van Eggens:

‘Overdracht van bezit is niet mogelijk zonder dat tevens overdacht van het recht waarvan het bezit een afspiegeling is wordt beoogd.’<sup>23</sup>

De opvolger van Brahn als bewerker van Pitlo’s *Zakenrecht* Reehuis verwoordt het als volgt:

‘Een eigenaar kan niet opzettelijk het bezit scheiden van de eigendom door het als zelfstandig element over te dragen. Daarmee zou hij immers zijn eigendomspretenties prijsgeven zonder zijn eigendom over te dragen. Dit is een innerlijk tegenstrijdige houding; de figuur is dan ook juridisch niet bestaanbaar. Bovendien zou dan de verkrijger altijd bezitter niet te goeder trouw worden, want hij zou de zaak verkrijgen met de bedoeling haar voor zich-

zelf te houden, terwijl volgens afspraak de ander recht-hebbende zou blijven. Bezitsoverdracht vindt dus uitsluitend plaats in samenhang met eigendomsoverdracht.’<sup>24</sup>

Nieuwenhuis zegt er – tot slot – in zijn Tilburgse oratie<sup>25</sup> het volgende over:

‘Geheel anders is de status van de bezitsoverdracht. Bezit kan niet in geïsoleerde vorm, los van de eigendom, worden overgedragen. Rechtshandelingen die er toe strekken het bezit over te dragen onder voorbehoud van eigendom zijn rechtens onbestaanbaar. Dit hangt samen met de positie van bezit: schaduw van de eigendom.’<sup>26</sup>

Omdat het onmogelijk is om je van je eigen schaduw te ontdoen, is het voor de eigenaar ook onmogelijk om zijn bezit afzonderlijk over te dragen. Zowel Reehuis als Nieuwenhuis erkennen dat er wel degelijk gevallen denkbaar zijn waarin het bezit wel wordt verschaft maar de eigendom bij de vervreemder blijft. Dit doet zich bijvoorbeeld voor wanneer A op grond van een nietige titel een zaak overdraagt aan B. B wordt dan wel degelijk bezitter. Zowel Reehuis als Nieuwenhuis verklaart dit door het feit dat de bedoeling van partijen in dit geval gericht was op eigendomsoverdracht.

‘Wel mogelijk is het dat de eigenaar met de *bedoeling* de eigendom over te dragen slechts het bezit overdraagt.’<sup>27</sup> (cursief origineel)

‘Het houdt wel in dat een overeenkomst *met die strekking* (overdracht van het bezit los van de eigendom) geen effect sorteert.’<sup>28</sup> (cursief origineel)

We zien dat Reehuis en Nieuwenhuis navolgers zijn van de ideeën van Eggens. Het gaat er dus om of de bedoeling van partijen op eigendomsoverdracht gericht is: wanneer dit zo is behoort bezitsverschaffing tot de mogelijkheden, wanneer dit niet zo is kan het bezit niet verschaft worden. Daarom kan volgens Nieuwenhuis<sup>29</sup> in het geval van de juridisch geschoolde junk die de gestolen fiets overdraagt aan de helende rechtenstudent bezitsverschaffing aangenomen worden. De juridisch geschoolde junk had immers de bedoeling de eigendom aan de rechtenstudent over te dragen.<sup>30</sup>

Iets gelijks geldt bij de overdracht van een onroerende zaak. Een voorbeeld: A heeft eigenhandig een gedeelte van de tuin van B in bezit genomen. A verkoopt later zijn huis met vergrote tuin aan C. Na een bezoek aan de no-

19. MvA bij art 3.5.12 (3:118) PG Boek 3, p. 444-445. Zie hieronder ook nog over deze passage par. 3.4.

20. Vgl. in gelijke zin de memorie van antwoord bij art. 3.4.3.1 (3:99), p. 409-410.

21. Asser-Beekhuis, *Zakenrecht*, elfde druk, Zwolle, 1980, p. 118.

22. Asser-Beekhuis-Mijnsen-De Haan, *Zakenrecht*, twaalfde druk, Zwolle, 1985, p. 130.

23. Asser-Mijnsen-De Haan-Van Dam-Ploeger, *Goederenrecht*, zestiende druk, Zwolle, 2006, p. 148 (nr. 147). Zie ook p. 151 (nr. 150).

24. Pitlo-Reehuis, a.w., nr. 364.

25. Nieuwenhuis beschrijft in zijn oratie weliswaar de overdracht van roerende zaken, maar de hier geciteerde overwegingen zijn mijns inziens evengoed toepasbaar op de overdracht van onroerende zaken.

26. Nieuwenhuis, ‘Uit de ban van hier en nu’, Deventer, 1980, p. 38.

27. Nieuwenhuis, a.w., p. 38, noot 2.

28. Pitlo-Reehuis, a.w., nr. 364.

29. Nieuwenhuis, a.w., p. 38, noot 1.

30. Deze mogelijkheid wordt in de parlementaire geschiedenis met zoveel woorden erkend, PG p. 436.

taris overhandigt A C de sleutels van het huis. Duidelijk is dat C in dit geval bezitter wordt van de gehele tuin ondanks de voor wat betreft de in bezit genomen strook tuin mislukte levering.<sup>31</sup> Of C op de hoogte is van A's gedeeltelijke beschikkingsonbevoegdheid doet mijns inziens niet ter zake; ook de helende student weet dat de junk beschikkingsonbevoegd is. Toch wordt de helende student bezitter.

### 3.3. Eggens en overdracht buiten de notaris om

Uit het bovenstaande is duidelijk gebleken dat de vraag of bezitsverschaffing mogelijk is, afhankelijk is van de bedoeling van partijen. Wetgever en literatuur zijn Eggens op dit punt gevolgd. De verkoper dus die de koper al op 1 januari toegang tot het huis verschaft waar de eigendoms-overdracht op 1 augustus is voorzien, blijft bezitter. De koper wordt in een dergelijk geval houder.<sup>32</sup> Wat betekent dit nu echter voor partijen die überhaupt niet van plan zijn de gang naar de notaris te maken? In een dergelijk geval beogen partijen wel degelijk onmiddellijke eigendomsovergang. Dat zij weten dat de eigendom niet over zal gaan is zonder belang: ook de helende student weet dat hij geen eigenaar van de fiets wordt, toch wordt hij bezitter. Er bestaan mijns inziens dus geen principiële aan Eggens ontleende bezwaren om degene die buiten de notaris om een huis heeft gekocht als bezitter te beschouwen.

### 3.4. Wordt de koper buiten de notaris om dan toch bezitter?

Hoe zou de verkrijger nu in een dergelijk geval bezitter kunnen worden? Art. 3:112 bepaalt dat bezit verkregen kan worden door overdracht, opvolging onder algemene titel of inbezitneming. Duidelijk is dat hier geen sprake is van een opvolging onder algemene titel of inbezitneming. Bekeken moet dus worden of de vervreemder het bezit heeft verschaft<sup>33</sup> aan de verkrijger. Daartoe is vereist dat de vervreemder de verkrijger in staat stelt die macht over de zaak uit te oefenen die hij zelf over de zaak uitoefende.<sup>34</sup> Alhoewel dit artikel in eerste instantie bedoeld is voor de overdracht van roerende zaken kan het ook toegepast worden op de overdracht van onroerende zaken:

'De in dit artikel in verband met het volgende geregelde bezitsoverdracht is in de eerste plaats van belang daar waar het ontwerp voor overdracht of vestiging van

een recht levering in de vorm van bezitsverschaffing vereist.<sup>35, 36</sup>

De verkeersopvattingen zijn op dit punt volgens Meijers van doorslaggevend belang:

'Ook bij de toepassing van dit artikel zal naar verkeersopvatting beslist moeten worden of de verkrijger in staat gesteld is die macht over het goed uit te oefenen, die de vroegere bezitter toekwam.<sup>37</sup>

'En evenzo is het van belang te weten, dat waar volgens de artikelen 7 en 8 voor een bezitsverkrijging een feitelijke macht verlangd wordt, deze macht niet in de eerste plaats op fysieke kracht behoeft gegrond te zijn, maar dat de verkeersopvattingen daaromtrent beslissend zijn.<sup>38</sup>

Art. 3:108 geeft aan dat naast de verkeersopvattingen<sup>39</sup> geoordeeld moet worden op grond van uiterlijke feiten. Hiermee bedoelde Meijers 'innerlijke' feiten zoals de interne wil om als eigenaar op te treden uit te sluiten als maatstaf.<sup>40</sup> Is nu de inschrijving in de registers het uiterlijke feit dat bepalend is voor de verkeersopvattingen op dit punt? Wanneer dit zo zou zijn, zou bezitsverschaffing niet plaats kunnen vinden zonder inschrijving. Alhoewel een inschrijving in veruit de meeste gevallen deel uitmaakt van de bezitsverschaffing van onroerend goed denk ik niet dat bezitsverschaffing zonder inschrijving in de registers naar verkeersopvattingen onmogelijk is. Deze mogelijkheid lijkt in de volgende (hierboven ook al geciteerde) passage uit de parlementaire geschiedenis ook erkend te worden:

'Onder omstandigheden kan het zelfs gerechtvaardigd zijn de goede trouw terug te rekenen tot het tijdstip van de bezitsverkrijging. Zo b.v. wanneer de inschrijving van een akte strekkende tot overdracht van een registergoed, plaats vindt in aansluiting op de voorafgaande bezitsverschaffing van dat goed ter gelegenheid van het opmaken en ondertekenen van de akte.<sup>41</sup>

Een voorbeeld: A verkoopt zijn huis aan B. Op 20 augustus maken A en B ten overstaan van notaris C de transportakte op, A overhandigt ten kantore van de notaris direct de sleutels van het huis aan B. Wanneer nu de notaris de transportakte pas op 22 september inschrijft zal B met terugwerkende kracht als bezitter te goeder

31. Zie Pitlo-Reehuis, a.w., nr. 372.

32. Het is enigszins onduidelijk waar dit houderschap op gebaseerd moet worden in die gevallen waarin een huur- of bruikleenovereenkomst tussen verkoper en koper ontbreekt. Wat bijvoorbeeld wanneer de verkoper die de koper de sleutels heeft gegeven belooft direct na zijn vakantie naar de notaris te komen? Zou in een dergelijk geval de koper niet van meet af aan als bezitter hebben te gelden? Vgl. hierover Vriesendorp, *Het eigendomsvoorbehoud* (diss.), Groningen, 1985, p. 45.

33. Nu ook de houder bezit kan verschaffen is de benaming overdracht minder juist. Ik spreek daarom van bezitsverschaffing. Zie hierover Pitlo-Reehuis, a.w., nr. 370.

34. Art. 3:114.

35. MvA bij art. 3.5.8 (3:114) PG Boek 3, p. 436.

36. Vgl. Brandsma, a.w., p. 44.

37. TM bij art. 3.5.8 (3:114), PG Boek 3, p. 435.

38. TM bij art. 3.5.2 (3:108), PG Boek 3, p. 428.

39. Zie over dit vage begrip bijvoorbeeld Rogmans, *Verkeersopvattingen*, Monografieën NBW, deel A20, derde druk, Deventer, 2007, m.n. nr. 40.

40. TM bij art. 3.5.2 (3:108), PG Boek 3, p. 428. Zie ook de MvA op dezelfde pagina.

41. MvA bij art. 3.5.12 (3:118) PG Boek 3, p. 444-445. Zie hierboven noot 19.

trouw hebben te gelden vanaf het ogenblik dat hem het bezit werd verschaft. Hiermee moet de feitelijke levering door overgave van de sleutels op 20 augustus bedoeld zijn. Hiermee lijkt de mogelijkheid van bezitsverschaffing van onroerend goed zonder inschrijving in de registers te worden erkend. Uit de passage valt mijns inziens op te maken dat de wetgever heeft willen voorkomen dat de verkrijger van een registergoed zonder inschrijving als bezitter *te goeder trouw* moet worden beschouwd. Deze mening was ook Meijers toegedaan. In zijn ontwerp kende het uiteindelijke art. 3:99 een tweede lid. Dat luidde als volgt:

‘Ten aanzien van het bezit van registergoederen bestaat geen goede trouw zonder inschrijving van een aan dat bezit beantwoordende titel van rechtsverkrijging in de daartoe bestemde openbare registers.’

Het tweede lid is uiteindelijk geschrapt. De reden hiervoor is blijkens de MvA gelegen in het volgende: wanneer de woorden ‘een aan dat bezit beantwoordende titel van rechtsverkrijging’ te strikt zouden worden geïnterpreteerd zou verkrijgende verjaring nooit mogelijk zijn bij een deels onjuiste inschrijving. Verkrijging door verjaring zou dan steeds onmogelijk zijn wanneer de in de transportakte gebruikte kadastrale omschrijving niet overeenstemt met de juiste grens:

‘Er is geen reden om degene *die tengevolge van een overdracht bezitter werd* van een groter stuk grond dan waarover de vervreemder (in werkelijkheid) beschikkingsbevoegd was, een beroep op goede trouw en zo op de tienjarige verjaring te ontzeggen, indien raadpleging van de registers hem niet de juiste grenzen van de eigendom van de vervreemder zou hebben doen kennen en hij, ook al luiden de kadastrale gegevens wellicht anders, meende en mocht menen dat de ingeschreven titel hem recht gaf op het stuk grond zoals door hem in bezit genomen.’<sup>42</sup> (mijn curs.)

Duidelijk blijkt dat de verkrijger naar de mening van de wetgever bezitter van de grond wordt. De vraag of hij ook bezitter *te goeder trouw* wordt, moet beantwoord worden aan de hand van de maatstaf die art. 3:118 geeft: beschouwt de bezitter zich als rechthebbende en mocht hij zich ook redelijkerwijs als zodanig beschouwen. Het tweede lid uit het ontwerp Meijers is naast deze maatstaf overbodig.<sup>43</sup>

Uit het bovenstaande blijkt mijns inziens dat de wetgever niet uit heeft willen sluiten dat de verkrijger van een registergoed zonder inschrijving bezitter (te kwader trouw)

kan worden.<sup>44</sup> Bezitsverschaffing van onroerend goed zonder inschrijving lijkt mij dus – evenals onder het oude recht<sup>45</sup> werd aangenomen – mogelijk. Het gaat mijns inziens te ver om zonder uitdrukkelijke wetsbepaling op dit punt<sup>46</sup> met gebruikmaking van een vage term als de verkeersopvattingen een breuk in de traditie te forceren.

Zoals wij hierboven zagen is het Arnhemse Hof op dit punt een andere mening toegedaan:

‘Tussen partijen staat slechts vast dat zij een koopovereenkomst hebben gesloten, maar dat de levering middels het opmaken van een notariële akte, gevolgd door inschrijving daarvan niet is geschied. Dit betekent dat A eigenaar is gebleven en dat het door deze eigenaar in feitelijk gebruik geven van het perceel aan de koper deze laatste – gezien de tussen partijen bestaande rechtsverhouding – naar verkeersopvatting niet tot bezitter, maar slechts tot houder voor A maakte.’<sup>47</sup>

Mijns inziens miskent het hof met deze interpretatie van de verkeersopvattingen het feitelijke karakter van bezit. Bekeken dient – zoals gezegd – slechts te worden of degene die de feitelijke macht uitoefent dit voor zichzelf doet. Dit doet de verkrijger van de onroerende zaak die niet bij de notaris is geweest. Ik heb de indruk dat het hof oordeelt dat de verkrijger in een dergelijk geval houder wordt omdat de verkrijger weet geen eigenaar van de onroerende zaak te zijn geworden.<sup>48</sup> Het geloof eigenaar te zijn is echter geen vereiste om bezit aan te nemen. De pandekist Dernburg schreef hierover bijvoorbeeld:

‘Nicht wesentlich ist der Glaube Eigenthümer zu sein – die *opinio domini*. Auch der Dieb und Räuber hat daher Eigentumsbesitz, obgleich er sein Nichtrecht kennt und in strafbarer Weise in den Besitz kam.’<sup>49</sup>

Een *opinio sive cogitatio domini* is niet vereist.<sup>50</sup> Dit geldt ook naar Nederlands recht: wij zagen hierboven dat de heler, die weet dat hij geen eigenaar is geworden van de gestolen fiets, desalniettemin bezitter wordt. De werkelijke reden voor het Arnhemse oordeel is mijns inziens in iets anders gelegen. Sinds 1992 kent het Nederlands recht art. 3:105. Dat artikel maakt de bezitter van een zaak op het ogenblik dat de bevrijdende verjaring van de revindicatie is voltooid tot eigenaar. Zo dreigt de verkrijger na twintig jaar en een dag<sup>51</sup> buiten de registers om eigenaar te worden. Registervervuiling is dus een direct gevolg van de door mij verdedigde zienswijze. Dit gevolg blijft uit wanneer de verkrijger als houder wordt beschouwd. Houders profiteren namelijk – hoe lang het houderschap

42. MvA bij art. 3.4.3.1 (3:99) PG Boek 3, p. 410.

43. ‘Het tweede lid kan voor zover het de invloed van het (nog) niet ingeschreven zijn van de akte op goede trouw tot uitdrukking wilde brengen, eveneens als overbodig worden beschouwd.’, MvA bij art. 3.4.3.1 (3:99) PG Boek 3, p. 410.

44. Vgl. hierover zeer kritisch Pitlo-Reehuis, a.w., nr. 394.

45. Zie hierboven par. 2.1.

46. Zie hieronder het voorstel van Brandsma voor een wetswijziging in deze zin.

47. Hof Arnhem 10 juni 2003, nr. 2002/439, r.o. 4.5.

48. Vgl. Vriesendorp, a.w., p. 44 e.v.

49. Dernburg, *Pandekten, erster Band, Allgemeiner Teil und Sachenrecht*, Berlin, 1896, p. 409.

50. Vgl. Savigny, *Das Recht des Besitzes*, zevende druk, 1865 (Neudruck Aalen 1990), p. 110.

51. Zie art. 3:306 jo. 3:314 lid 2.

ook duurt – nooit van de werking van art. 3:105. Het hof heeft het door de opvolgers van koper Kroes ingeroepen art. 3:105 dus niet hoeven toepassen.

Brandsma heeft er juist met het oog op art. 3:105 voor gepleit om een bepaling in het BW op te nemen waarin de bezitsverschaffing van onroerend goed gekoppeld wordt aan een inschrijving in de openbare registers.<sup>52</sup> Hiermee zouden twee doelen worden gediend: enerzijds zou zo een dogmatisch fraai systeem worden opgetrokken waarin eigendomsverkrijging en bezitsverschaffing voor zowel roerende als onroerende zaken steeds aan elkaar gekoppeld zijn.<sup>53</sup> Anderzijds zou zo voorkomen worden dat bezitters te kwader trouw die hun bezit aan een voorganger ontlenden<sup>54</sup> profiteren van de werking van art. 3:105. De door Brandsma nagestreefde dogmatische eenvoud is ook wanneer een wetswijziging in de door hem voorgestelde zin volgt echter niet bereikt. Art. 3:95 biedt immers de bestolene de mogelijkheid om de gestolen zaak door middel van een akte aan een derde over te dragen. Duidelijk is dat in een dergelijk geval eigendoms-overdracht en bezitsverschaffing los van elkaar zijn gekoppeld. Bezitter van de gestolen zaak is immers de dief of diens opvolger.<sup>55</sup> Het andere voordeel van Brandsma's voorstel is gelegen in het feit dat art. 3:105 in zijn systeem veel minder vaak toegepast hoeft te worden. Het is de vraag wat de precieze kracht van dit argument is: een andere, eenvoudiger manier om art. 3:105 minder vaak toe te passen is afschaffing van het artikel.<sup>56</sup>

#### 4. Tot slot

Het is de begrijpelijke onwil om art. 3:105 toe te passen die ertoe leidt dat de rechters de koper die niet bij de notaris is geweest tot houder bestempelen. Dit aanmerkelijke voordeel weegt mijns inziens niet op tegen de nadelen. Ten eerste heeft het houderschap van de koper een hoogst kunstmatig karakter. Op grond waarvan houdt de koper immers voor de verkoper? Duidelijk is dat tussen hen geen consensuele overeenkomst is gesloten. Kennelijk moeten we aannemen dat partijen een (reële) bruikleenovereenkomst hebben gesloten. Met de feitelijke omstandigheden heeft dit alles weinig van doen. De koper zal desgevraagd stellen de zaak voor zichzelf te houden,

en niet voor de verkoper. Het feit dat de koper als houder geen bezitsbescherming<sup>57</sup> geniet is een volgend nadeel van de door mij bestreden zienswijze. Ten derde geldt wanneer aangenomen wordt dat de koper voor de verkoper houdt, de verkoper als de aansprakelijke persoon ex art. 6:174.<sup>58</sup>

Het bovenstaande vormt een illustratie van wat ik een neveneffect van het omstreden art. 3:105 zou willen noemen. Art. 3:105 is in de literatuur fel bekritiseerd<sup>59</sup> omdat het de bezitter te kwader trouw tot eigenaar kan promoveren. De kunstdief<sup>60</sup> en de occupant kunnen van art. 3:105 profiteren. Hoe nu te voorkomen dit artikel toe te passen? Vereist voor toepassing van art. 3:105 is bezit. Wanneer dus – op welke wijze dan ook – geconcludeerd kan worden dat iemand geen bezitter maar houder is, is dit gevaar geweken. Alleen zo kan mijns inziens begrepen worden dat aangenomen wordt dat degene die buiten de notaris om een huis koopt houder van dat huis is.

52. Brandsma, a.w., p. 44.

53. Brandsma, a.w., p. 24.

54. Occupanten, d.w.z. personen die grond in bezit hebben genomen blijven profiteren van art. 3:105. Zie, Brandsma, a.w., p. 44, noot 137.

55. Brahn heeft korte tijd volgehouden dat in een dergelijk geval de eigenaar het bezit van de gestolen zaak door middel van de akte verschaft. Hij is echter al vrij snel van deze mening afgestapt. Hij heeft hiermee in de woorden van Nieuwenhuis, a.w., p. 43 het dogma dat eigendomsoverdracht van roerende zaken niet-registergoederen nimmer zonder bezitsverschaffing van die goederen mogelijk is, prijsgegeven.

56. Brandsma oppert deze mogelijkheid zelf ook, a.w., p. 44, noot 137. Afschaffing van art. 3:105 lijkt zeker voor wat betreft onroerend goed echter weinig waarschijnlijk. Het EHRM heeft de Engelse variant van ons art. 3:105 in de zaak *Pye-Graham* immers recent 'goedgekeurd', EHRM 30 augustus 2007, appl. nr. 44302/02 (*Pye (Oxford) Ltd v. The United Kingdom*). Zie bijvoorbeeld mijn 'Heeft het Europese Hof voor de rechten van de mens artikel 3:105 gered?', *WPNR* 6730, p. 927-931.

57. Art. 3:125. Wel kan de houder een beroep doen op art. 6:162, vgl. 3:125 lid 3.

58. Een voorbeeld: A verkoopt zijn huis buiten de notaris om aan B. B woont al tien jaar tot volle tevredenheid in het huis. Op een kwade dag valt de schoorsteen in een ongekend zware storm van het huis af boven op C's auto. Moeten we nu aannemen dat A als bezitter aansprakelijk is voor de schade van C? Dit lijkt mij een hoogst merkwaardige consequentie van het feit dat B in een dergelijk geval als houder heeft te gelden. Ter verdediging van dit resultaat kan gesteld worden dat A wanneer hij aansprakelijkheid had willen voorkomen de levering maar op de juiste wijze had moeten verrichten.

59. Voor de mogelijke gevolgen van art. 3:105 heeft Brandsma, a.w., p. 42 al in 1989 gewaarschuwd. Hij sluit nachtelijke grensverleggingstochten in dit verband niet uit. Pas drie jaar later zou naar aanleiding van het bekende artikel 'Dief wordt eigenaar' van de hand van Brunner, in: *Quod licet* (Kleijn-bundel), Deventer, 1992, p. 45 e.v. de kritiek op art. 3:105 echt losbarsten.

60. Voor zover de zaak althans geen cultuurgoed is. Vgl. art. 3:310a en 3:310b.